

¿CÓMO ESTABLECER SANCIONES ÓPTIMAS PARA LA DISUASIÓN DE INFRACCIONES?

Santiago Dávila Philippon*

Una buena parte de las funciones que cumplen las entidades de la administración pública en general consiste en la imposición de sanciones a los agentes económicos que incumplen las normatividad vigente. Los criterios para establecer sanciones que utilizan las entidades públicas son diversos y distintos entre sí, lo que conlleva a un amplio grado de discrecionalidad en el establecimiento de sanciones monetarias y no monetarias. Aun cuando la Ley de Procedimiento Administrativo General estableció una lista de criterios para determinar sanciones, persisten los problemas en cuanto a la interpretación y la cuantificación (monetización) de esos criterios en la determinación de sanciones. La literatura económica que estudia la forma óptima como el Estado puede hacer cumplir las normas (public enforcement of law) dispone criterios de optimalidad para el establecimiento de sanciones, que pueden resultar de mucha utilidad en la administración pública en su función sancionadora. Este artículo revisa los principales postulados de esta literatura y recomienda algunos criterios de índole práctico para la determinación de sanciones.

Revista de Economía y Derecho, vol. 9, nro. 35 (invierno de 2012). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* MSc. Economics, Universidad de Warwick, profesor de la UPC y gerente de Estudios Económicos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

1 Marco teórico

En esta sección se presenta una revisión de la literatura económica que estudia la forma óptima como el Estado puede hacer cumplir las normas (*public enforcement of law*), para identificar propuestas que puedan aplicar las entidades de la administración pública en el establecimiento de sanciones¹. En primer lugar, se discute la diferencia entre los conceptos de disuasión total y disuasión óptima. En segundo lugar, se presenta la fórmula básica propuesta por la teoría económica para determinar sanciones óptimas. Finalmente, se presentan algunas extensiones al modelo referidas a la combinación de multas con sanciones no monetarias, el costo para la autoridad de imponer sanciones, el daño potencial, el nivel de riqueza del infractor, la colaboración con la autoridad y los infractores recurrentes.

1.1 Disuasión total *versus* disuasión óptima

Uno de los principales aportes de la teoría económica al estudio de la disuasión de actos ilícitos es la distinción entre la disuasión “total” y la disuasión “óptima”². Mientras la disuasión total –como su nombre lo indica– supone la erradicación absoluta de las conductas ilegales, el segundo concepto reconoce que la disuasión total impone un alto costo para la sociedad y que, por el contrario, podrían darse situaciones en las que un acto ilícito aporte beneficios netos para la sociedad.

En efecto, la erradicación total de los actos ilícitos en una sociedad requiere incrementar el gasto público en detección y sanción de infractores (por ejemplo, policías, jueces, fiscales, etcétera). Considerando el volumen y la diversidad de actos ilícitos posibles en una sociedad, claramente esta opción resulta altamente onerosa. Desde esta perspectiva, la disuasión total supone un alto costo para la sociedad que podría, incluso, superar el beneficio social obtenido de erradicar todos los actos ilícitos. Garoupa (1997) señala:

“Apprehending, prosecuting and punishing offenders can be expensive. Policy-makers will, naturally, want to balance these costs against the advantages of reducing crime when making policy decisions. In most models, the optimal amount of deterrence does not eliminate crime altogether. The reason for this is that eradicating crime

is costly and has a declining social benefit. Policy-makers will want to allocate their limited resources so as to achieve deterrence at the least cost, that is, they will seek to achieve their goal efficiently”³ (Garoupa 1997, p. 267).

Sin embargo, la diferencia principal entre los enfoques de disuasión total y de disuasión óptima se encuentra en la forma como, desde una perspectiva económica, se plantea el problema del cumplimiento público de las normas. Según Polinsky y Shavell (2007), el problema de una entidad pública que busca hacer cumplir las normas puede plantearse como un problema de maximización del bienestar social⁴. La “función de bienestar social” a maximizar se construye restando a los beneficios ilícitos el daño generado por esos actos y el costo social incurrido en la detección e imposición de sanciones (ver ecuación 1). En la medida en que, desde una perspectiva económica, ciertos actos ilícitos pueden reportar un valor neto positivo para la sociedad, maximizar el bienestar social no necesariamente implica la erradicación total de infracciones.

$$\int_{p(e)f}^{\infty} (g-h)z(g)dg - e \quad \text{Ecuación 1}$$

Donde la variable g representa el beneficio ilícito obtenido por el infractor, h representa el daño social generado por la infracción, $z(g)$ es la función de densidad de las ganancias ilícitas entre infractores, f es la multa y es el nivel de esfuerzo de la autoridad que determina una probabilidad de detección $p(e)$.

El enfoque anterior no ha estado exento de críticas. Lewin y Trumbull (1990) sugieren que no deberían incluirse los beneficios obtenidos por los infractores en la función de bienestar social, en particular para el caso de ciertos actos ilícitos (crímenes) que están expresamente prohibidos por la legislación, precisamente porque la sociedad no encuentra un valor positivo en ellos. En la visión de Lewin y Trumbull (1990), el enfoque económico, al desconocer las normas sociales que prohíben ciertos actos e incluir el beneficio ilícito como parte de la función de bienestar social, propone un número de actos ilícitos que es mayor al socialmente deseable.

En la misma línea que Lewin y Trumbull (1990), Gibbons (1982) cuestiona la conclusión respecto a que la sociedad debe estar preparada para aceptar cierto nivel de crimen y que los individuos pueden cometer ilícitos hasta un punto de optimalidad. Gibbons (1982) indica:

“Both conclusions would be unacceptable to norm users who views crime as forbidden behavior because obligations cannot be compromised by arguments favoring optimal allocation of resources. Defining behavior as crime indicates that, at least for the definer, for example the law maker, it is wrong and cannot be condoned, regardless of practical resource problems

[...] the penal system’s major objective is not, and nor should it necessarily be, the efficient allocation of resources and society may not be prepared to act upon a judgment of the worth of enforcement in purely tangible costs and benefits [...] the allocation of criminal justice resources is not wholly dependent upon the criminal’s response to that allocation and special care need to be taken when transplanting the insights of one practice into another; economic policy does not make a good criminal justice policy” (Gibbons 1982, p. 186).

Una crítica más general al enfoque económico de crímenes es la propuesta por Hirschman (1985)⁵. Según Hirschman, no es posible explicar todos los cambios en la conducta de los individuos (por ejemplo, la decisión de infringir la ley o no) solo a partir de cambios en los precios o ingresos, desconociendo el hecho que los individuos viven en sociedad y, por consiguiente, que sus decisiones se basan no solamente en un análisis beneficio-costo individual, sino también en la moral pública, en el servicio a la comunidad, y en otros valores.

[...] as economics has grown more ambitious, it becomes of increasing importance to appreciate that the means-end, costs-benefit model is far from covering all aspects of human activity and experience” (Hirschman 1985, p. 92).

“Finally I have turned to another basic tension man must live with, this one resulting from the fact that he lives in society. It is the tension between self and others, between self-interest, on the one hand, and public morality, service to community, or even self-sacrifice, on the other [...]

Here again economics has concentrated over-whelmingly on one term of the dichotomy, while putting forward simplistic and contradictory propositions on how to deal with the other. The contradiction can be resolved by closer attention to the special nature of public morality as an ‘input’” (Hirschman 1985, p. 95).

Enfoques más recientes también evidencian las limitaciones del enfoque económico del crimen, en particular cuando los delitos se relacionan con actos de corrupción (ver Bardhan 1997 y Távora 2004).

Según modelos basados en la teoría de juegos, la corrupción tiene efectos de largo plazo que son difíciles de erradicar (enfoque “evolutivo”). Si es así, el postulado del enfoque económico tradicional respecto a la existencia de un “nivel óptimo” de crimen puede ofrecer resultados indeseables en el largo plazo para una sociedad, toda vez que –según dichos modelos– pasado cierto nivel resulta muy difícil o costoso para una sociedad revertir el nivel de corrupción alcanzado.

En defensa del enfoque económico, McChesney (1993) sugiere que este no es erróneo y provee una explicación al problema identificado por Lewin y Trumbull (1990). Según McChesney, un acto ilícito genera una pérdida a la víctima que, desde un punto de vista social, se compensa con el beneficio ilícito y, en consecuencia, es una transferencia entre agentes sin impacto en la función de bienestar social. Basándose en Tullock (1967), McChesney indica la relevancia de efectuar una adecuada contabilidad de los costos que se generan en la sociedad como producto de los actos ilícitos, los que incluyen no solo la pérdida directa de la víctima, sino también los gastos en que incurrirían las víctimas potenciales en prevención y protección (por ejemplo, sistemas de alarma, seguridad privada, etcétera). Según McChesney, en la medida en que esos gastos desvían recursos que podrían haber sido empleados en otras actividades productivas, el acto ilícito da lugar a un problema similar al comportamiento “buscador de rentas” de un monopolista. Según McChesney (1993), una vez que se consideran estos costos de la actividad ilícita, el número óptimo de crímenes que sugiere el enfoque económico es igual a cero.

“From this Tullockian perspective, debate over counting gains to criminals is irrelevant; even when counted, they are just transfers from victims. The true issue is correctly accounting for costs, not benefits. Aside from victims’ direct losses, crime’s many other costs (the opportunity costs of criminals’ seeking and victims’ defending their assets, the substitution of leisure for production, the switch to production of goods more difficult to steal) mean that criminals’ gains must inevitably fall short of crime’s costs. When these costs are included –regardless of whether criminals’ gains are counted – the optimal amount of crime is a corner solution” (McChesney 1993, p. 228).

Sobre este mismo punto, Polinsky y Shavell (2000) indican que si se excluyeran las ganancias ilícitas de la función de bienestar social o, si se incluyera como parte del daño la desutilidad de individuos que no son víctimas directas del acto ilícito (pero que igual son afectadas

por el acto ilícito), la principal consecuencia sería que, para este tipo de acto ilícito particular, sería socialmente deseable la disuasión total. Como consecuencia de ello, sería recomendable no solo incrementar la probabilidad de detección, sino también el monto de la sanción de esos actos⁶.

Pese a las críticas, una de sus principales virtudes del enfoque económico radica en que –a diferencia de otros enfoques sobre la disuasión de infracciones⁷– provee una receta específica para la disuasión, además de proveer una explicación adicional a la persistencia de actos ilícitos en una sociedad y a la imposibilidad de erradicarlos de manera absoluta.

1.2 La multa óptima, el daño y la probabilidad de detección

Según el enfoque económico, la entidad pública cuenta con dos instrumentos para maximizar el bienestar social: la multa (f) y el nivel de esfuerzo o gasto en la detección y sanción de infractores (e), que se traduce en una probabilidad de captura y sanción ($p(e)$). Así, para un nivel dado de $p(e)$, el nivel de multa que disuade de manera óptima el número de infracciones que ocurren en una sociedad relaciona el daño (h) ocasionado por la infracción con la probabilidad de detección y sanción:

$$f^* = \frac{h}{p} \quad \text{Ecuación 2}$$

Es importante subrayar que en el modelo teórico, tanto la multa óptima como la probabilidad de detección son variables endógenas que se determinan de manera simultánea. En particular, si la probabilidad de detección es baja, la multa óptima debe ser más alta y viceversa. En la práctica, la probabilidad de detección está determinada en gran medida por la capacidad institucional (recursos humanos y económicos) de la autoridad y por el tipo de infracción. Por otro lado, los montos máximos de las multas están establecidos en la legislación. Lo anterior implica que en la práctica ambas variables (las multas y la probabilidad de detección) son determinadas de manera exógena (por la capacidad institucional y la legislación sobre sanciones) y no de forma endógena y simultánea como lo sugiere el modelo económico.

Dos importantes conclusiones se desprenden de la multa óptima descrita en la ecuación 2. En primer lugar, solo se disuaden los actos ilícitos “socialmente indeseables”, es decir, aquellos que generan un daño social mayor que el beneficio ilícito del infractor ($f = h > g$). Bajo el esquema económico de disuasión óptima, los actos ilícitos en los que el beneficio ilícito es superior al daño ($g > h = f$) sí son sancionados pero no son disuadidos⁸.

En segundo lugar, si se toma en cuenta que las multas tienen un límite máximo (por ejemplo, un límite establecido en función de la riqueza del infractor o, en su defecto, algún otro límite establecido en la legislación), es posible que la multa óptima calculada siguiendo la ecuación 1 resulte mayor que dicho límite. Como la multa no puede exceder el límite, lo anterior implica que incluso algunos ilícitos “socialmente indeseables” (aquellos donde el beneficio es inferior al daño) podrían no ser totalmente disuadidos. Garoupa (1997) afirma:

“If the fine was not bounded then it should tend to infinity and the probability of apprehension to zero such that all criminals with a private benefit smaller than the expected harm they cause ($E[h] > b$) would be deterred. But the optimal fine is bounded and hence the probability of apprehension is strictly positive. Moreover, not all criminals with a private benefit smaller than the expected harm they cause are deterred”⁹ (Garoupa 1997, p. 269).

1.3 Extensiones al modelo

El modelo presentado en las secciones previas ha sido ampliado para incorporar aspectos de la realidad, como la posibilidad de imponer sanciones no monetarias, los costos en que incurren las autoridades en la imposición de sanciones y la incorporación de atenuantes (por ejemplo, que el infractor declare su falta ante la autoridad) o agravantes (por ejemplo, la recurrencia de la infracción). En esta sección se efectúa una selección de las extensiones al modelo propuesto en las ecuaciones 1 y 2, que resultan de mayor relevancia en la determinación de sanciones por prácticas anticompetitivas.

1.3.1 Combinación de multas con sanciones no monetarias

Polinsky y Shavell (2000 y 2007) introducen sanciones no monetarias. Por ejemplo, el encarcelamiento del infractor, a través de la incorpora-

ción de dos variables en la ecuación de bienestar social. Estas variables reflejan, por un lado, la desutilidad que la sanción no monetaria genera en el individuo infractor y, por otro, el costo para el Estado por unidad de sanción no monetaria, el que depende del tiempo de duración de la sanción no monetaria¹⁰.

$$\int_{p(e)_f}^{\infty} (g-h-p(e)(s+cs))z(g)dg-e \quad \text{Ecuación 3}$$

Donde s es la duración del castigo no monetario que fluctúa entre 0 años y un periodo máximo de S_M años. La duración de la sentencia no monetaria genera una desutilidad para el infractor $d(s)$ que es proporcional a la duración de la sanción no monetaria (es decir, $d(s) = s$). Además, a diferencia de las multas, las sanciones no monetarias sí tienen un costo social, que es igual a la suma de la desutilidad generada al infractor por la sanción no monetaria y el costo para la autoridad de imponer y monitorear el cumplimiento de la sanción no monetaria (c).

Como el costo para la sociedad de imponer multas es inferior al costo social de las sanciones no monetarias (por ejemplo, la pena de cárcel o el cierre temporal o definitivo de una empresa), la principal recomendación de este modelo es que primero debe agotarse la aplicación de la multa. Es decir, establecer la multa máxima y, solo después, aplicar sanciones no monetarias¹¹.

La imposición de una sanción no monetaria, luego de aplicar una multa, es consistente con el hecho de que las multas basadas en el daño pueden exceder largamente los recursos del infractor, lo que imposibilitaría que se alcance la disuasión óptima solo a través de la multa. Según este enfoque, la pena de cárcel, por ejemplo en el caso de infractores a las normas de libre competencia, se aplicaría como complemento a la multa y cuando esta no alcanza para recuperar el daño generado por la infracción.

1.3.2 Costo para la autoridad de imponer sanciones

Cuando la autoridad incurre en costos para imponer sanciones (por ejemplo, en costos de un procedimiento administrativo sancionador o costos relacionados con la cobranza de la multa), esos costos se deben añadir a la multa. La razón de ello es que el acto ilícito no solo genera un costo a la sociedad equivalente al daño, sino también un costo social

relacionado con la imposición y el cobro de la sanción¹². En estos casos, la multa óptima toma la siguiente forma:

$$f^* = \frac{h}{p} + \frac{h}{p} + k \quad \text{Ecuación 4}$$

Donde s representa el costo para la administración relacionado con la etapa de denuncia (o investigación) del infractor y q representa la probabilidad que una multa sea impuesta luego del procedimiento administrativo sancionador.

La ecuación 4 indica que la multa óptima es igual al daño dividido por la probabilidad que la multa sea efectivamente impuesta (esto depende de que en la etapa de denuncia o investigación el infractor sea hallado culpable, lo que depende de la probabilidad de detección p de la ecuación 1, y también de que, luego de un procedimiento sancionador la multa sea efectivamente impuesta pq). Además, la multa incluye el costo administrativo del procedimiento de denuncia dividido por q , porque cuando el procedimiento de denuncia es iniciado, la probabilidad de imponer una multa luego de dicho procedimiento es q .

1.3.3 Daño potencial

En el modelo de la sección 1 se asumió implícitamente que la conducta ilícita generó un daño y , en consecuencia, la multa debía igualarse al daño generado dividido por la probabilidad de detección. En la práctica, sin embargo, puede ocurrir que una conducta ilícita no llega a generar un daño efectivo, sino que solo origina una situación de daño potencial. En este contexto, se generan dos posibles bases para el establecimiento de la multa: i) sobre la base de daño efectivo, si este ocurre (*harm-based sanctions*) y ii) sobre la base de la comisión de un acto que puede generar un daño (*act-based sanctions*).

Para Polinsky y Shavell (2007), las multas para la sanción de actos que pueden generar un daño potencial se establecen en función del cálculo del daño esperado, en vez del daño efectivo¹³.

1.3.4 Nivel de riqueza del infractor

El resultado de la multa debe ser la multa máxima posible (equivalente a la riqueza total del infractor cuando no existe otro tipo de límite) pre-

sentada en la sección 2; se basa en el supuesto que todos los infractores tienen el mismo nivel de riqueza.

En la práctica, sin embargo, el nivel de riqueza de los infractores, por ejemplo, aproximado por el tamaño o la naturaleza del infractor (si se trata de una persona jurídica o de una persona natural), varía significativamente. Polinsky y Shavell (1991) muestran que, cuando la riqueza de los infractores es variable, la multa óptima es menor que la riqueza del infractor con mayor riqueza y puede ser menor que el nivel de riqueza de la mayoría de infractores. Según Garoupa (p. 275), este resultado indica que, si los infractores, cuando son detectados, no pueden pagar toda la multa óptima, deben pagar lo máximo posible (es decir, el total de su riqueza, si no hubiera otro límite)¹⁴.

1.3.5 Colaboración con la autoridad

Cuando un infractor colabora con la autoridad, por ejemplo admitiendo haber realizado la infracción y contribuyendo con la investigación, se puede facilitar la labor de la autoridad en lo relacionado a la recolección de pruebas. Así, dependiendo del tipo de infracción los beneficios pueden ser significativos. Por ejemplo, en el caso de acciones que dañan el medio ambiente, al colaborar con la autoridad, el infractor facilita a la autoridad ambiental conocer el lugar exacto y potencial causa de la infracción, lo que le permitirá actuar de forma más eficiente para mitigar el daño.

Una forma de incentivar que los infractores colaboren con la autoridad es reduciendo el nivel de la multa. Sin embargo, en la medida en que ello puede también generar una reducción del nivel de disuasión, la literatura económica recomienda que esa reducción solo sea pequeña respecto del nivel de multa óptimo¹⁵. En efecto, teóricamente se comprueba que disminuir la multa ligeramente en relación con el monto óptimo, si bien reduce ligeramente el nivel de disuasión, permite alcanzar eficiencias como las descritas en el párrafo precedente.

1.3.6 Infractores recurrentes

Según la literatura revisada, los infractores recurrentes deben ser sancionados más severamente que los infractores que cometen actos ilícitos por primera vez, sobre todo cuando el nivel de la multa impuesta la primera vez es menor que el nivel óptimo. Además, incrementar la

multa por recurrencia crea un incentivo adicional para no cometer la infracción la primera vez. Ello porque la comisión de una infracción no solo implicará una multa inmediata, sino también una multa futura mayor en caso de reincidencia, lo que crea un incentivo adicional a no infringir¹⁶.

Desafortunadamente, si bien la literatura económica enfatiza la importancia de multas más severas a los infractores recurrentes, no indica en qué proporción las multas para recurrentes deben ser mayores que las multas para infractores primerizos.

1.3.7 El uso del beneficio ilícito *versus* el daño

Las ecuaciones 2 y 4 establecen la multa óptima en función del daño generado por la infracción. Existe, sin embargo, un debate respecto a si las multas deben basarse solo en el daño generado por la infracción, en el beneficio ilícito obtenido por el infractor o en ambos criterios.

Según Cohen (1998), existen infracciones que deben ser “condicionalmente disuadidas”¹⁷. Este es el caso de infracciones que se quieren prohibir solo cuando los costos sociales del acto ilícito exceden los beneficios sociales. Así, por ejemplo, se sugiere que la contaminación es un “producto” derivado de una actividad socialmente beneficiosa, que es la producción de bienes y servicios. En ese sentido, estableciendo la multa en función del daño solo se disuadirían las actividades que generan nivel de contaminación cuyo costo social (daño) es mayor que su beneficio.

En contraste con lo anterior, existen infracciones que deben ser “incondicionalmente, disuadidas” porque la sociedad las ha condenado cualquiera sea su relación costo-beneficio. En este caso, la multa óptima es igual al beneficio ilícito dividido por la probabilidad de detección, lo que conduciría a la disuasión absoluta de las infracciones. En este último caso, sin embargo, la autoridad debe tener especial cuidado en el cálculo del beneficio ilícito. En particular, Polinsky y Shavell (1994) sugieren que la subestimación del beneficio ilícito podría hacer que la multa no sea disuasiva¹⁸.

$$f^* = \frac{b}{p} \quad \text{Ecuación 5}$$

En resumen, el enfoque económico para hacer cumplir las normas (*public enforcement of law*) que se ha revisado en esta sección propone

una serie de criterios para establecer multas disuasivas óptimas. Si bien el enfoque económico no ha estado exento de críticas, en particular en relación con los supuestos que emplea (por ejemplo, que los individuos racionalmente deciden delinquir o no sobre la base de un análisis costo-beneficio) y a las conclusiones que propone (por ejemplo, respecto a la existencia de un número “óptimo” de infracciones), es creciente el número de agencias gubernamentales que de alguna forma u otra basan el establecimiento de sus multas en los criterios de este enfoque.

2 Aplicabilidad del enfoque económico para la sanción de infracciones administrativas

La Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG) establece, como uno de los principios de la potestad sancionadora, el denominado Principio de Razonabilidad. Según este principio:

“Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.
- b) El perjuicio económico causado.
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción.
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción.
- e) El beneficio ilegalmente obtenido.
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor”.

El principio de razonabilidad recogido en la LPAG, en realidad, encierra dos principios. Por un lado, está el principio de disuasión, que sugiere que la sanción debe ser tal que no resulte más beneficio para el infractor pagar la multa y cometer la infracción que no cometer la infracción en primer lugar. Por otro lado, se encuentra el principio de proporcionalidad, que sugiere realizar un análisis holístico de la infracción a fin de determinar la sanción. En dicho análisis, debe tomarse en cuenta la gravedad del daño causado a la sociedad, el perjuicio económico, la repetición de la infracción, las circunstancias de la comisión

de la infracción, el beneficio ilícito y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Así las cosas, la LPAG establece criterios de graduación de sanciones que son en parte compatibles con los que sugiere la literatura económica revisada. Sin embargo, si bien la LPAG enuncia los criterios de sanción, no determina la manera en que dichos criterios deben ser incorporados por las autoridades en el cálculo de la sanción. Es en este aspecto en donde la literatura económica puede apoyar la labor de las autoridades administrativas.

En efecto, siguiendo lo indicado en la sección previa, la autoridad podría establecer como regla general que la multa sea determinada según la ecuación 1. Es decir, con énfasis en el daño, cuando las infracciones deben ser “condicionalmente disuadidas”. Es decir, cuando es posible que las infracciones generen o sean resultado de la realización de actividades que tienen un beneficio social superior al daño que generan. Adicionalmente, las multas pueden ser determinadas según la ecuación 5. Es decir, con énfasis en el beneficio ilícito, si lo que se persigue es la disuasión absoluta de las infracciones. Este caso es aplicable a las infracciones que deben ser “incondicionalmente disuadidas”. Es decir, aquellas donde la sociedad ha determinado que deben prohibirse cualquiera sea su relación costo-beneficio.

Algunas experiencias internacionales combinan el beneficio ilícito y el daño en la determinación de la sanción monetaria. Por ejemplo, la US Environmental Pollution Agency (EPA) establece primero una multa basada en el beneficio ilícito, que luego incrementa a base de la gravedad del daño ocurrido. Igualmente, la US Sentencing Commission establece en su guía para sentenciar organizaciones sancionadas por la comisión de crímenes federales una sanción basada en el máximo entre el beneficio ilícito y el daño. A nivel local, algunas instituciones como el Osinergmin (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería) y previamente algunas comisiones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) han empleado alguna variante de criterios de sanción sugeridos por la literatura económica.

Sea que se emplee la ecuación 1 o 5, corresponde a la autoridad tipificar la infracción (determinar si deben ser condicional o incondicionalmente disuadidas), además de efectuar el cálculo o la monetización del daño o del beneficio ilícito. Esto último no es tarea fácil, pues requiere en algunas circunstancias la realización de valorizaciones que

pueden ser complejas, como en el caso de daños ambientales, donde no existe un mercado de referencia, o en el caso de actos ilícitos que hayan implicado la pérdida de vidas humanas. Sin embargo, la economía ha desarrollado métodos de valorización, como la valorización contingente y los precios hedónicos, que pueden asistir a las autorizadas en la monetización de ciertos daños.

Aunque, como se indicó, la LPAG enuncia criterios que son compatibles con los que sugiere la literatura económica, omite uno fundamental, que es la probabilidad de detección y sanción de la infracción. Esta probabilidad de detección actúa como un ponderador del beneficio ilícito (o del daño, según se use la ecuación 1 o 2), de forma que a menor probabilidad de detección, mayor será la multa. Esta probabilidad debe ser aproximada a partir del punto de vista del infractor debido a que el factor que influye en un infractor al momento de decidir si lleva a cabo o no una conducta ilícita es su propia percepción de qué tan probable es que sea descubierto. En la medida que su expectativa sea que no lo detectarán, sus incentivos para infringir serán mayores.

Afortunadamente, si bien la LPAG no establece explícitamente a la probabilidad de detección como criterio para la determinación de multas, otras legislaciones sí han incorporado este criterio. Este es el caso, por ejemplo, de infracciones a las normas que protegen la libre y leal competencia (decretos legislativos 1034 y 1044), los derechos de consumidores (Ley 29571) y la propiedad intelectual, en el caso de las patentes y de los signos distintivos (Decreto Legislativo 1075). En todas estas legislaciones se incluye, además de los criterios de beneficio ilícito y daño, a la probabilidad de detección como criterio para determinar la sanción.

En conclusión, la LPAG y otras legislaciones establecen criterios que son, en general, compatibles con la literatura económica sobre disuasión de actos ilícitos. El aporte de la economía al derecho en esta rama radica en prescribir una fórmula en la que los diversos criterios de beneficio ilícito, daño y probabilidad de detección, entre otros, se conjugan para cumplir con el principio de razonabilidad (o de disuasión más proporcionalidad) que establece la LPAG. Su utilización por parte de las autoridades administrativas no solo es recomendable en cuanto a garantizar la disuasión de los actos ilícitos sino también porque contribuye a reducir la discrecionalidad de las autoridades en la imposición de sanciones.

NOTAS

- 1 *Public enforcement of law* implica usar agentes gubernamentales para detectar y sancionar a infractores de reglas legales. En contraposición, el *private enforcement of law* se refiere a la interposición de demandas por las propias víctimas de daños o por aquellos amenazados por un daño. Polinsky, Mitchell y Steven, Shavell. “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, en: *Journal of Economic Literature*, vol. XXXVIII, marzo de 2000, pp. 45-46.
- 2 En este documento nos referiremos a “infracciones” o “actos ilícitos” de manera indistinta.
- 3 Garoupa, Nuno. “The Theory of Optimal Law Enforcement”, en: *Journal of Economic Surveys*, vol. 11, nro. 3, p. 267.
- 4 Esta perspectiva no es originaria de Polinsky y Shavell, sino de Becker (1968). Polinsky y Shavell son posiblemente los académicos que más han escrito sobre esta materia. Existen dos importantes revisiones de la literatura económica sobre disuasión óptima de actos ilícitos elaborada por estos autores (ver referencias bibliográficas). Además de esta literatura, esta sección se basa en la revisión hacia finales de la década de 1990, efectuada por Garoupa (1997).
- 5 La crítica de Hirschman es más general porque se refiere al enfoque neoclásico de la elección del consumidor, en el cual se circunscribe el modelo de Becker (1960) y otros desarrollos posteriores.
- 6 Polinsky, Mitchell y Shavell, Steven. Ob. cit., p. 48. Nota a pie 12.
- 7 Por supuesto, otras explicaciones no económicas del problema de los actos ilícitos en una sociedad refieren a factores sociológicos o psicológicos.
- 8 En efecto, para que un potencial infractor (racional y neutral al riesgo) sea disuadido de cometer un acto ilícito, la multa debe ser mayor que el beneficio ilícito esperado. Por consiguiente, la aplicación de la ecuación 1 no permite disuadir infracciones que generan beneficios ilícitos superiores al daño.
- 9 Garoupa, Nuno. Ob. cit., p. 269.
- 10 En los modelos de Polinsky y Shavell (2000 y 2007) se toma como ejemplo de sanción no monetaria al encarcelamiento del infractor. Sin embargo, bien podría representar el decomiso de bienes o el cierre temporal o definitivo de las instalaciones o de los productos del infractor.
- 11 Polinsky, Mitchell y Shavell, Steven. Ob. cit., p. 412.
- 12 Polinsky, Mitchell y Steven, Shavell. “The Theory of Public Enforcement of Law”, en: *Handbook of Law and Economics*, vol. 1, pp. 430-431.
- 13 Polinsky, Mitchell y Steven, Shavell. “The Theory of Public Enforcement of Law”. Ob. cit., pp. 422-423.

- 14 Garoupa, Nuno. Ob. cit., p. 275.
- 15 Polinsky, Mitchell y Steven, Shavell. “The Theory of Public Enforcement of Law”. Ob. cit., pp. 437-438.
- 16 *Ibídem*, p. 438.
- 17 Cohen, A. Mark (1998). “Monitoring and Enforcement of Environmental Policy”. Owen Graduate School of Management, Vanderbilt University. (www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd27/cohenmark.pdf).
- 18 Polinsky, Mitchell y Steven, Shavell (1994). “Should Liability be Based on the Harm to the Victim or the Gain to the Injurer?”, en: *Journal of Law, Economics & Organization* 10(2), pp. 427-437.